Der Elektrizitätslieferungsvertrag im Konkurse des Abnehmers

INAUGURAL-DISSERTATION

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Heinrich

aus Düsseldorf.

Approbiert am 4. Mai 1936

1937

Werkbund-Druckerei, Würzburg

1937/119

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Übersicht.

Der Elektrizitätslieferungsvertrag im Konkurse des Abnehmers.

Seite

A. Einleitung 7

B. Rechtsnatur des Elektrizitätslieferungsvertrages . . . 7

I. Der physikalisch-technische Vorgang 7

1. Kreislauf des Stromes 7

2. Keine Speicherfähigkeit 7

II. Das Objekt des Vertrages, Elektrizität keine ‚Sache' 8

III. Der Vertrag selbst 10

1. Keine Miete oder Pacht 10

2. Kein Dienst- oder Werkvertrag 11

3. Vielmehr ein Vertrag sui generis, der nach den Prinzipien des Kaufes beurteilt werden muß, weil vermögenswertes Gut, das Gegenstand kaufähnlicher Beziehungen sein kann 13

a) Besprechung der Theorie Jaeger's von Wiederkehrschuldnerverhältnis, Ablehnung derselben 13

b) Die Theorie von Rumpf 14
Dauer- und Einzelleistung, Ablehnung derselben 16

c) Anzunehmen ist beim Normalvertrag, Vor- oder Rahmenvertrag mit nachfolgenden Einzelverträgen 17

d) Kein Sukzessivlieferungsvertrag, aber analoge Anwendung der Regeln des Sukzessivlieferungsvertrages 18

C. Die Behandlung der Verträge im Konkurse des Abnehmers 21

I. § 17 KO. ist anwendbar 21

II. Die Monopolstellung der Elektrizitätswerke, Kontrahierungszwang 23

III. Die Rechte des Konkursverwalters 25

1. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Versorger die Weiterlieferung des Stromes davon abhängig macht, daß der Konkursverwalter die Rückstände als Masseschulden anerkennt . 25

2. Der Konkursverwalter kann Abschluß eines neuen Vertrages verlangen 27

D. Schluß 30

Literaturverzeichnis.

1. Benischke, G.: Die wissenschaftlichen Grundlagen der Elektrotechnik. 6. Aufl. Berlin 1922.
2. Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Verschiedene Auflagen.
3. Friedrichs: Das Recht der Versorgungsbetriebe. Berlin-Friedenau 1928 (herausgegeben vom Verein für Kommunalwirtschaft und Kommunalpoltik E. V.).
4. Geiler: Die rechtliche Natur der Elektrizitätsversorgungsverträge und ihre Behandlung im Konkurse des Abnehmers. Erfurt 1930 (Veröffentlichungen des Arbeitgeberverbandes der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke Mitteldeutschlands, Heft 28).
5. Henke, Müller, Rumpf: Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland. Berlin 1930.
6. Hueck, Dr. A.: Der Sukzessivlieferungsvertrag. München, Berlin, Leipzig 1918.
7. Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. Berlin u. Leipzig 1931. 6. u. 7. Aufl.
8. Kley: Die rechtliche Stellung der Elektrizitätswerke im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses. Erfurt 1930 (Veröffentlichungen wie zu 4., Heft 29).
9. Kress, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. Münch. 1929.
10. Mentzel, Franz: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. u. 4. Aufl.
11. Mittelstein: Die Miete. Berlin 1932.
12. Niessen: Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag. Berlin 1925.
13. Nipperdey: Stromsperre, Zulassungszwang, Monopolmißbrauch. Mannheim, Berlin, Leipzig 1929.
14. Oertmann: Kommentar zum BGB. 1928. 3. Aufl.
15. Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl.
16. Reichsgerichtsräte-Kommentar, 6. Aufl.
17. Riezler: Der Werkvertrag nach dem BGB für das Deutsche Reich. Jena 1900.
18. Schaar, Albert: Das Rechtsverhältnis der Elektrizitätswerke zu ihren Stromabnehmern. Erfurt 1931 (Veröffentlichung wie zu 4., Heft 32).
19. Warneyer: Kommentar zum BGB, 1927.
20. Wyler, Dr. Veit: Zulassungszwang, Kontrahierungszwang, Stromsperre. Ein Beitrag zum Recht der Elektrizitätswirtschaft. Erfurt 1931. (Veröffentlichungen wie zu 4., Heft 29).
21. Zencke, Kurt: Der Gaslieferungsvertrag nach dem Rechte des BGB. Heidelberger Diss. 1907.

A) Einleitung.

Die Frage nach der Behandlung des Elektrizitätslieferungsvertrages im Konkurse des Abnehmers wird seit Jahren viel erörtert und von den zahlreichen Gerichten, die bereits damit befaßt waren, sowie von der Wissenschaft verschieden beantwortet. Den Elektrizitätswerken wie den Abnehmern kommt es praktisch darauf an, ob die bei der Eröffnung des Konkurses vorhandenen Rückstände vom Konkursverwalter als Masseschulden zu berichtigen sind oder ob das Lieferwerk sich mit der Konkursquote begnügen muß, wenn der Konkursverwalter Weiterlieferung des Stromes wünscht. Die vorliegende Arbeit soll ein kleiner Beitrag zur endgültigen Klärung der viel umstrittenen Frage sein.

B) Rechtsnatur des Elektrizitätslieferungsvertrages.

I. Der physikalisch-technische Vorgang.

Um die rechtliche Natur des Elektrizitätslieferungsvertrages und seines Objektes ergründen zu können, erscheint es angezeigt, eine kurze Betrachtung des physikalisch-technischen Vorganges vorauszuschicken.

1. Elektrische Energie kann nur in einem geschlossenen Stromkreis genutzt werden, ja tritt überhaupt erst in die Erscheinung durch das Schließen eines Stromkreises, der von dem einen Pol der Erzeugungsmaschine über die Installationsanlage des Abnehmers zum anderen Pol seinen Weg nimmt. Es wird in den Anlagen des Verbrauchers durch Einschalten des Stromes eine Wirkung erzeugt, ohne daß etwas Substanzielles aus dem Leitungsnetz heraus tritt[1]).

2. Elektrischer Strom läßt sich nicht speichern wie etwa Gas und Wasser. Elektrische Elemente bergen nicht aufgespeicherte elektrische Energie, bringen diese vielmehr erst durch einen chemischen Prozeß zur Entstehung. Auch im Akkumulator wird Elektrizität nicht aufgespeichert, wenn dieser Gedanke auch naheliegt. Auch dort handelt es sich um chemische Vorgänge. Durch Zuleitung des Ladestromes tritt eine chemische

1) Vgl. auch Geiler S. 14; Rumpf, S. 160; Schaar S. 25.

Umbildung der Platten ein, die sich beim Entladen wieder zurückbilden und damit Strom erzeugen.

II. Elektrizität ist keine „Sache".

Nach § 90 BGB. sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände. Hiernach ist der Begriff „Sache" sehr eng auszulegen. Das Reichsgericht[2]) will entscheidend sein lassen, ob Elektrizität ein Stück raumerfüllender Materie oder lediglich ein Zustand ist, in welchen gewisse Gegenstände durch irgendwelche Vorgänge versetzt werden. Diese Entscheidung aus dem Jahre 1899 schloß eine Diskussion ab, die die Entscheidung RGSt. 29, 112 eingeleitet hatte, als das RG. zum ersten Male auf eine Anklage wegen Elektrizitätsdiebstahls klar zum Freispruch kam. In der Entscheidung Bd. 32, S. 165 kam das RG. mit ausführlicher Begründung auch wieder zum Freispruch, indem es nach dem damaligen Stande der physikalischen Forschung die Körperlichkeit des elektrischen Stromes nicht bejahen zu können glaubte, im übrigen aber feststellte (S. 183), daß der Strafrichter sich, solange die Naturwissenschaft sich über das eigentliche Wesen der Elektrizität im Unklaren sei, nicht für befugt halten dürfe, an die Stelle der Hypothese den Satz als ausgemachte Wahrheit zu setzen, daß die Elektrizität ein Stoff, der elektrische Strom körperliche Sache im natürlichen Sinne sei. Damals wurde die nach dem Urteil des RG. bestehende Lücke durch ein besonderes Gesetz geschlossen, das Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. April 1900 (RG.Bl. S. 288). Über das eigentliche Wesen der Elektrizität streiten sich heute noch die Naturwissenschaftler. „Magnetismus und Elektrizität sind uns ihrem eigentlichen Wesen nach unbekannt, und zwar auch dann noch, wenn wir sie als schwingende Bewegungen des sogenannten Äthers betrachten, oder gemäß den ältesten und jüngsten Hypothesen als einen wirklichen Stoff mit Gleichgewichts- und Bewegungszuständen. Bekannt sind und werden uns nur die W i r k u n g e n des Magnetismus und der Elektrizität, und diese können wir durch Versuche verfolgen und rechnerisch bestimmen. So schreibt Benischke[3]). Laut Benischke (S. 520) ist die Elektrizität nach den Ergebnissen der neueren Forschungen zweifellos ein Stoff.

---

2) RGSt. 32, 165.

3) Die wissenschaftlichen Grundlagen der Elektrotechnik, 6. Aufl. Berlin 1922, S. 1.

Und zwar besteht die Elektrizität, so sagt er, aus einzelnen kleinen Teilchen, die man Elementarquantum oder Elektron nennt. Nach den Berechnungen der Elektronentheorie ist die Größe eines Elektrons etwa ein Billionstel eines Millimeters. Wenn auch Benischke[4]) die Elektrizität als etwas Stoffliches betrachtet, so hält er es doch noch für zweifelhaft, ob die Masse eines Elektrons eine wirkliche wie bei einem chemischen Atom ist oder eine scheinbare, elektrodynamische, die mit den wirklichen Massen nur das gemeinsam hat, daß sie Trägheit oder Beharrungsvermögen besitzt.

Staudinger[5]) neigt dazu, die Sacheigenschaft der Elektrizität zu bejahen, und zwar denkt er daran, daß jeder Körper seinerseits aus Elektronen bestehe. Da es eine andere Art von Körperlichkeit als eine aus Elektronen bestehende überhaupt nicht gebe, habe wohl kein zureichender Grund bestanden, den elektrischen Strom als etwas von körperlichen Dingen Wesenverschiedenes zu behandeln. Die überwiegende Zahl der Autoren verneint die Sacheigenschaft der Elektrizität[6]).

Solange die Frage nach dem Wesen der Elektrizität in der Naturwissenschaft nicht restlos geklärt ist, ist eine eindeutige Entscheidung im Rechtssinne nicht möglich. Wenn die Elektrizität als Stoff erkannt ist, andererseits aber nicht feststeht, ob sie überhaupt als Bestandteil einer Masse aufzufassen (also raumerfüllend) ist, kann die Körperlichkeit des Stromes auch nicht bejaht werden. Im Privatrecht muß in dieser Beziehung dasselbe gelten, wie es im Strafrecht vom RG. in der oben zitierten Entscheidung (RGSt. 32, 183) festgestellt wurde.

Im Verkehr wird die Elektrizität allerdings wie eine Sache behandelt. Man spricht z. B. allgemein vom Elektrizitäts l i e f e r u n g s vertrag. Es steht nichts im Wege, sie auch im Rechtssinne wie eine Sache zu behandeln. Schon in RGZ. 17, 269 wird das festgestellt[7]). Näheres hierüber sei jedoch unten unter III, 3 ausgeführt.

---

4) a.a.O, S. 521.

5) § 90 Anm. 1.

6) Vgl. Staub-Koenige, Anm. 16 vor § 373; Rumpf S. 161; Schaar S. 25; Oertmann § 90, Bem. 1, c; RGR Komm. § 90, Bem. 2. Planck, Bem. VI, 2, vor § 631.

7) Ebenso RG. 56, 404; 67, 232; 86, 12; Warneyer, Anm. II zu § 90.

III.

Wenden wir uns nun der Untersuchung des Vertrages selbst zu. Bei den normalen Stromlieferungsverträgen, die die Elektrizitätswerke mit ihren Abnehmern schließen, handelt es sich um folgendes: Der Versorger verpflichtet sich, dem Abnehmer zu jeder Tages- und Nachtzeit für seinen Bedarf Strom zu liefern. Der Abnehmer verpflichtet sich, den bezogenen Strom zu bezahlen. Im allgemeinen werden derartige Verträge nicht auf Zeit abgeschlossen. Wenn sie aber auf Zeit geschlossen werden, dann wird in den Bedingungen die Möglichkeit offengelassen, daß ein anderer in den Vertrag eintritt, allerdings nur mit Zustimmung des Werkes. Ohne diese Zustimmung bleibt der Abnehmer zur Bezahlung der von den Meßeinrichtungen angezeigten Strommenge verpflichtet[8]).

In keinem Falle besteht ein Abnahmezwang seitens des Stromabnehmers, jedenfalls nicht in dem Sinne, daß er zum Bezuge eines gewissen Quantums elektrischer Energie verpflichtet ist[9]). Wohl besteht im allgemeinen das Verbot, elektrische Kraft wahl- oder ergänzungsweise einer anderen als der Kraftquelle des Lieferwerkes zu entnehmen.

Es sei nun untersucht, ob Verträge dieser Art im BGB. zu finden sind, bezw. welchem Vertragstyp sie zuzurechnen sind.

1. Der Eelektrizitätslieferungsvertrag kann nicht als M i e t e oder P a c h t aufgefaßt werden. Miete ist entgeltliche Besitzübertragung zwecks Gebrauchs einer Sache; Pacht berechtigt daneben noch zur Fruchtziehung. Wenn auch der elektrische Strom, wie wir oben sahen, wie eine Sache im Sinne des Gesetzes behandelt werden kann, so steht doch seiner Vermietung der Umstand entgegen, daß es einen Besitz an ihm nicht gibt, weil der Strom nicht als etwas Substanzielles aus der Leitung heraus tritt. Der Besitz ist aber bei der Miete wesentlich. Man kann auch nicht von Miete der Leitung sprechen. Denn einmal sind die im Besitze des Abnehmers befindlichen Leitungen in der Regel nicht Eigentum des Lieferwerkes; die werkeigene Leitung nimmt ihr Ende beim „Hausanschluß". Zum anderen

---

8) Vgl. die von der Vereinigung der Elektrizitätswerke herausgegebenen „Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung elektrischer Arbeit aus dem Leitungsnetz des Elektrizitätswerks", Ziff. III und IV. Ebenso die nach diesem Muster aufgestellten allgemeinen Stromlieferungsbedingungen der Städtischen Betriebe Trier, Ziff. IX, 1—3.

9) Vgl. auch Geiler S. 24; Niessen S. 51.

handelt es sich bei der Leitung, wie schon die Bezeichnung sagt, lediglich um einen Leiter, mittels dessen der Strom den Stellen zugeleitet wird, an denen er eine Wirkung erzeugen soll[10]). Auch von einer Miete des Zählers kann im Rechtssinne nicht gesprochen werden, obwohl der Ausdruck „Zählermiete" für eine Gebühr gebräuchlich ist, die in der Regel vom Abnehmer neben dem Entgelt für den gelieferten Strom in einer Ableseperiode erhoben wird. Der Zähler ist ein Meßinstrument, das in dem Leitungsnetz des Verbrauchers vom Werk eingebaut wird, um die Menge des verbrauchten Stromes feststellen zu können. Es handelt sich dabei also um eine Einrichtung, die das Werk in dem Interesse beider Vertragsteile anbringt, um eine ordnungsmäßige Feststellung zu ermöglichen. Es liegt nicht in der Absicht des Werkes, dem Verbraucher den Zähler zum (eigenen) Gebrauch zu überlassen. Rumpf (S. 184) faßt die Zählermiete als Verrechnungsgebühr auf, und zwar als Entgelt für die Tätigkeit der Beauftragten des Werkes, die im allgemeinen nicht nur die Kilowattstundenzahl ablesen, sondern den Kunden auch sofort Abrechnung erteilen und das Geld einziehen, wodurch es diesen erspart bleibt, das Geld als „Bringschuld" zu überbringen. Dieser Ansicht Rumpf's kann beigetreten werden[11]). Darüber hinaus ist die Verrechnungsgebühr zu einem gewissen Teil auch zu rechtfertigen als Gegenwert für das eigene Interesse des Abnehmers an einer einwandfreien Mengenfeststellung.

2. Gegenstand des Elektrizitätslieferungsvertrages ist der elektrische Strom, die elektrische Kraft, kurz, die Elektrizität als solche. Es kommt dem Abnehmer nicht darauf an, daß das Werk für ihn eine Tätigkeit ausübt. Schon aus diesem Grunde kann das zwischen beiden Teilen bestehende Rechtsverhältnis nicht als Dienstvertrag aufgefaßt werden, abgesehen davon, daß das im Gesetz niedergelegte Unterordnungsverhältnis, wie es schon aus der Bezeichnung „Dienst" hervorgeht, nicht erkennbar ist. Als weitere Vertragstypen des BGB. kommen Werkvertrag und Kauf in Frage. Die Unter-

---

10) Wie hier: Planck, 4. Aufl. Bem. VI, 2 vor § 631; Mittelstein S. 10; Rumpf S. 170.

11) Der den allg. Bedingungen der Trierer städt. Betriebe angeschlossene Tarif enthält unter B (S. 3) eine „Verrechnungsgebühr" für Bereitstellung und Unterhaltung der Meßeinrichtungen usw., deren Höhe nach dem Umfang der Anlage bezw. der Größe der Zähler gestaffelt ist. Es ist also dort der irreführende Ausdruck „Zählermiete" schon ausgemerzt.

scheidung ist manchmal schwer zu treffen. Entscheidend ist für die Beurteilung, ob der Schwerpunkt in der Arbeit oder in der Lieferung liegt[12]). Praktisch wird diese Unterscheidung bei der Mängelhaftung; beim Kauf: Wandlung und Minderung (§§ 462 ff.), beim Werkvertrag: auch Beseitigung des Mangels (§ 633). Rumpf sieht in seinem viel beachteten Werk[13]) den Schwerpunkt des Verhältnisses in der vom Werk für den Kunden zu leistenden Arbeit für die Herstellung eines bestimmten Erfolges[14]). Ähnlich argumentiert Schaar[15]), der zur Unterstützung seines Gedankenganges irrig den an sich richtigen Satz anführt, das Schuldrecht könne nur auf Handlungen der Menschen abstellen. Gewiß wird die Lieferfirma in zahlreichen Fällen auch selbst die Produzentin der Elektrizität sein und deshalb „Arbeit" verrichten müssen, um den Vertrag erfüllen zu können. Das tut schließlich auch jede Fabrik, die Waren absetzt, ohne damit einen Werkvertrag abzuschließen. In manchen Fällen hat die Lieferfirma aber gar keine eigene Produktionsstätte, sondern bezieht selbst den Strom von einem großen Unternehmen und leitet ihn über eigene Leitungswege den Abnehmern zu[16]). Hier besteht also die Tätigkeit des Lieferers lediglich in dem Weiterleiten der Elektrizität. Die Arbeit tritt in diesem Falle sehr stark hinter dem Erfolg zurück. Es geht aber nicht an, beiden Fällen eine andere rechtliche Beurteilung zukommen zu lassen. Rumpf vergißt, auch einmal den Standpunkt des Kunden zu beleuchten, dem es völlig gleichgültig ist, ob der Unternehmer die Elektrizität selbst herstellt oder nicht, und woher er sie bezieht. Der Kunde denkt auch garnicht daran, daß der Unternehmer irgendeine Tätigkeit ausüben soll, es kommt ihm vielmehr lediglich darauf an, Strom zu beziehen, um mit seiner Hilfe Wirkungen (Licht, Wärme oder Kraft) in seiner Anlage erzeugen zu können. Rumpf[17]) nimmt nun an, daß der durch den Werkvertrag zu schaffende „Erfolg" die B e r e i t s t e l l u n g des Stromes sei. Gewiß legt der Abnehmer Wert darauf, daß ihm der Strom bereitgestellt wird. Sein Inter-

12) So auch Planck, Bem. VI, 2 vor § 631; Staudinger, Vorbem. III, 2a vor § 631.

13) S. 162, 171; ebenso in seinem Aufsatz in J.W. 1930, S. 1346 ff.

14) Werkvertrag oder „Arbeitsvertrag" nehmen außerdem an: Geiler, S. 36, 37, 41; Staub-Koenige, Anm. 16 vor § 373, jedoch nicht eindeutig; RGRK. Anm. 6a zu § 433; Oertmann, Vorbem. 2b vor 631.

15) S. 26.

16) So beziehen z. B. die Städt. Betrieb Trier den Strom vom Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerk.

17) S. 171, 172.

esse an der Bereitstellung geht aber nicht weiter als normalerweise das eines Käufers einer Ware auf Lieferung derselben. In vielen Fällen wird die Bereitstellung genau wie bei Lieferung einer Ware durch eine Fabrik Arbeitserfolg des Unternehmers sein, dem Kunden kommt es aber auf das Produkt selbst an, und zwar nicht als ein zu schaffendes Produkt, sondern als selbständige fertige Ware[18]).

3. Die Vertreter der Werkvertragstheorie lehnen Kauf insbesondere deshalb ab, weil sie die Sachqualität der Elektrizität verneinen. Da nichts Gegenständliches „geliefert", nichts zu Eigentum übertragen werde, so meinen sie, könne von Kauf keine Rede sein[19]).

Wie bereits oben (S. 8) ausgeführt, ist es zwar nach dem heutigen Stand der Wissenschaft immer noch zweifelhaft, ob die Elektrizität als raumerfüllende Materie, also körperlicher Gegenstand zu werten ist. Wir haben aber auch gesehen, daß sie im Verkehrsleben als Sache aufgefaßt und behandelt wird. So hat auch das Verkehrsleben den Ausdruck „Elektrizitäts l i e f e r u n g s vertrag" geprägt. Man behandelt die Elektrizität also durchaus als verkehrsfähiges Gut, das „geliefert" wird genau wie eine Sache. Recht wird durch das Leben geschaffen und nicht von den Juristen. Aufgabe der Wissenschaft ist es, aus dem Leben die allgemein gültigen Normen herauszukristallisieren und in Formen zu gießen. So hat denn auch die Rechtswissenschaft den Begriff des Kaufes über das Gesetz hinaus der Entwickelung des Rechtslebens folgend immer erweitert. Wir kennen nicht nur den Kauf von Sachen, sondern z. B. auch den von Rechten, oder den Kauf einer ärztlichen Praxis, einer Summe von materiellen und ideellen Werten, die nicht als Sachen angesprochen werden können. Dieser Erkenntnis folgend, kann man sagen, daß Gegenstand des Kaufes jedes vermögenswerte Gut sein kann, das geeignet ist, Objekt des Güteraustausches zu sein[20]). Hierzu ist auch die Elektrizität zu rechnen. Noch unter der Herrschaft des A.L.R. hat sich das Reichsgericht mit der Frage befaßt[21]), ob der Elektrizitätslieferungsvertrag ein Lieferungsvertrag im Sinne des § 981 A.L.R. I, 11 sei. Das RG. bejahte schon damals diese Frage. Es stellte sich auf

---

18) Vgl. Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich. (Jena 1900.) S. 54.

19) Schaar, S. 25; Rumpf S. 168, 169.

20) Ähnlich Niessen S. 33, 34 unter Hinweis auf Prot. II, S. 51, 52.

21) RGZ. 17, 269.

den Standpunkt, daß der elektrische Strom im Rechtssinne wie eine Sache zu behandeln sei und nicht die menschliche Arbeit, sondern ihr Produkt Gegenstand jenes Vertrages sei[22]). Nun deckt sich zwar der Begriff des Lieferungsvertrages im A.L.R. nicht mit dem des Kaufvertrages des BGB. Es lassen sich auch die Bestimmungen des §§ 433 ff. BGB. nicht unmittelbar auf die hier behandelten Verträge anwenden. Es fehlt an wichtigen Momenten wie: Sache und Verschaffung des Eigentums. Aber wir haben ein sachähnliches Wirtschaftsgut, außerdem Ähnliches wie Besitz. Wie wir bereits oben (S. 10) sahen, sind die Installationsanlagen im Regelfall im Besitz des Abnehmers. Der Abnehmer allein hat, sobald der Strom den Zähler durchlaufen hat, eine Art Herrschaftsbefugnis über die der Leitung zugeführte Elektrizität. Er kann sie im Rahmen des Vertrages nutzen, wie und wann er will, indem er durch Einschalten des Stromes seine Räume beleuchtet, Wärme erzeugt, Maschinen oder Apparate in Betrieb setzt. Es steht deshalb nichts im Wege, die Regeln des Kaufs auf den Elektrizitätslieferungsvertrag anzuwenden[23]).

a) Mit dieser Feststellung ist jedoch das Wesen des Elektrizitätslieferungsvertrages nicht erschöpft. Es handelt sich bei ihm nicht um einen Vertrag, der, wie beim normalen Kauf, eine einzelne, fest bestimmte Leistung zum Gegenstand hat, sondern eine Kette von Leistungen, die in einem gewissen Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang ist — das sei vorweggenommen —, von größter Wichtigkeit für die Frage, ob § 17 K.O. auf diese Verträge zur Anwendung kommt oder nicht. § 17 gibt dem Konkursverwalter bei zweiseitigen Verträgen, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nicht vollständig erfüllt sind, das Recht, unter eigener Weitererfüllung des Vertrages Erfüllung von der Gegenseite zu verlangen. In diesem Falle wird die ganze Forderung des Gläubigers Masseschuld (§ 59, Nr. 2 K.O.), d. h. sie muß voll berichtigt werden, während sie im Falle der Erfüllungsablehnung, soweit sie schon entstanden ist, gewöhnliche Konkursforderung bleibt. Jaeger hat für diese Verträge die Theorie der „Wiederkehrschuldverhältnisse" entwickelt[24]).

---

22) Ähnlich die Entscheidungen RGZ. 56, 404; 67, 232, 86, 12.

23) Die Bestimmungen des Kaufes wenden unmittelbar oder entsprechend an: Staub-Koenige, Anm. 16 vor § 373, obwohl er Werkvertrag annimmt; Jaeger, K.O., Anm. 18 b zu § 17; Staudinger, Vorbem. 10 zu § 631; Planck, 4. Aufl. Anm. VI, 2 vor § 631; Ennecc. § 324, Anm. 15.

24) Jaeger, K.O., Anm. 18a zu § 17.

Den Gegensatz hierzu bilden die einheitlichen Schuldverträge auf Lieferung nach und nach. Als Wiederkehrschuldverhältnisse sieht Jaeger solche Verträge an, „die Kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsabschlusses, fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entstehen, also nicht ein für allemal begründet sind". Während das einheitliche Schuldverhältnis nur mit Willen beider Parteien in selbständige Teile zerlegt werden könne, so fährt Jaeger fort, stehe es beim Wiederkehrschuldverhältnis der einen oder anderen Partei oder jeder von beiden einseitig frei, die Bindung für die Zukunft erlöschen zu lassen, d. h. den Vertrag nicht zu erneuern. Als die wichtigsten Wiederkehrschuldverhältnisse sieht Jaeger Miete, Pacht und Dienstvertrag an. Schon diese von Jaeger gegebenen Beispiele zeigen, wie wenig die Unterscheidung zwischen Einheits- und Wiederkehrschuldverhältnis durch das Wesen der genannten Vertragsarten gerechtfertigt ist. Gewiß sind Miet-, Pacht- und Dienstverträge in dem oben beschriebenen Sinne denkbar, daß sie sich nämlich dort und fort in Zeitabschnitten erneuern. Häufig werden auch derartige Verträge in dieser Form abgeschlossen. „Wiederkehr" ist für sie aber kein typisches Merkmal. Sie kommen ebenso häufig als einheitliche Verträge vor. Allerdings sind die angegebenen Verträge in den §§ 19 — 22 K.O. gesondert behandelt; aber doch wohl kaum deshalb, weil sie durch § 17 K.O. mangels Einheitlichkeit nicht erfaßt werden, sondern wohl eher deshalb, weil ihre Abwickelung beim Fehlen possitiver Gesetzesbestimmungen in jedem Konkurs große Schwierigkeiten hervorrufen würde.

Jaeger schaltet § 17 K.O. durch seine Theorie weitgehend aus. Das Wahlrecht des Konkursverwalters beschränkt sich nach seiner Ansicht auf die gerade im Lauf befindliche Ableseperiode. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, dann bildet nur der Anspruch des Gegners auf das Entgelt dieses Zeitabschnitts eine Masseschuld. Rückstände älterer Zeitabschnitte sollen nur als Konkursforderungen anmeldbar sein. Diese Einteilung in Ableseperioden ist rein willkürlich. Denn in den Fällen, in denen seine Theorie anwendbar ist, besteht auf Seiten des Abnehmers überhaupt keine Bezugsverpflichtung, auch nicht für eine Ableseperiode. Der Abnehmer kann täglich den Bezug einstellen, ohne daß er zum Schadenersatz verpflichtet ist.

Jaegers Theorie ist deshalb sowohl in ihrer Begründung als

im Ergebnis abzulehnen. Sie ist auch, wie ihr Autor selbst zugeben muß, überhaupt nur beschränkt anwendbar, und zwar nur bei solchen Verträgen, die ohne Bezugsverpflichtung auf unbestimmte Zeit geschlossen sind. Er gibt selbst zu, daß Zuleitungsverträge als echte Einheitsverträge abgeschlossen werden können[25]).

b) Noch eine andere Theorie soll hier kurz besprochen werden, weil ihr in der Praxis große Beachtung geschenkt wird. Rumpf[26]) geht, wie bereits oben erwähnt, von der Annahme aus, daß der Schwerpunkt des hier behandelten Rechtsverhältnisses in der seitens des Unternehmers für den Abnehmer zu leistenden Arbeit liege. Diese Arbeit teilt er in eine Dauer- und verschiedene Einzelleistungen ein. Die Dauerleistung des Werkes besteht nach seiner Ansicht in der Herstellung des dauernden Zustandes, daß die Installationsanlage des Abnehmers innerhalb des Rahmens der getroffenen Vereinbarungen zu jeder beliebigen Zeit und für jede beliebige Dauer voll eingeschaltet werden kann. Die Einzelleistung des Werkes sieht er in der jeweiligen Erhöhung der in den Verteilungsanlagen fließenden Elektrizitätsmenge um die vom Abnehmer vertragsgemäß in Anspruch genommene Menge. Es kann Rumpf zugegeben werden, daß das Werk, um die Nachfrage seiner sämtlichen Kunden stets befriedigen zu können, auch stets arbeiten muß. Es ist aber unrichtig, diese Dauerleistung als wesentliches und überwiegendes Merkmal jedes einzelnen Vertrages hinzustellen. Das Werk arbeitet nicht nur deshalb ununterbrochen und wendet die großen Mittel für die dauernde Bereitschaft auf, weil der Kunde X es so wünscht, sondern auch, weil eine Vielzahl von Kunden vorhanden ist, von denen stets eine Anzahl Strom benötigen. Wenn von 100 Kunden 99 zu einer bestimmten Tageszeit keinen Bedarf hätten, würde das Werk seinen Betrieb bestimmt nicht wegen des einen Kunden in Gang halten, der zu dieser Tageszeit Strom benötigt. Die Rentabilität des Werkes wäre dann in Frage gestellt. Rumpf versucht, seine Theorie durch die Tarifgestaltung zu stützen. Bei vielen Werken wird der „Grundgebührentarif" erhoben, der bedeutet, daß nicht nur die tatsächlich verbrauchte Menge nach Kilowattstunden bezahlt wird, sondern daneben auch noch eine Grundgebühr, die auch dann fällig wird, wenn der Kunde keinen Strom abgenommen hat. In

25) Anm. 18b zu § 17 K.O.
26) S. 163 ff.

dieser Grundgebühr sieht Rumpf das Entgelt für die Dauerleistung — den festen Kosten entsprechend —, während die Einzelleistungen durch den Kilowattstundenpreis abgegolten werden — den veränderlichen Kosten entsprechend —. Bei dem reinen Kilowattstundentarif versagt das Argument, weil dort die Grundgebühr fehlt. Dort werden die „festen Kosten" einkalkuliert. Es ist anzunehmen, daß tarifpolitische Erwägungen bei der Einführung des Grundgebührentarifs nicht ohne Einfluß gewesen sind. Vielleicht wollte man einen Anreiz für den Kunden schaffen, möglichst viel Strom abzunehmen. Es geht nicht an, aus der Tarifgestaltung Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Vertrages zu ziehen.

Wirtschftlich gesehen mag die „Dauerleistung" für das Werk von hervorragender Wichtigkeit sein. Und sie gewinnt auch in den Rechtsbeziehungen zum Abnehmer ihre Bedeutung, wenn man mit Rumpf annimmt, daß beide durch einen Werkvertrag gebunden sind. Bei Annahme eines Kaufvertrages tritt die Arbeit hinter die „Ware" zurück, und in diesem Lichte erscheint die Dauerleistung mehr als die Bereitstellung zum „jederzeitigen Abruf". Dem widerspricht auch nicht die Berechnung des Entgelts beim Grundgebührentarif. Denn die Grundgebühr ist praktisch ein Teil des Preises für die wirkliche Leistung, weil die Grundgebühr abgestimmt ist auf den normalen Verbrauch des Abnehmers und in Verbindung zu bringen ist mit dem Entgelt für die Kilowattstundenzahl, (der gegenüber dem Kilowattstundentarif pro Kilowattstunde entsprechend niedriger ist).

c) In der Praxis kommen zwei Arten von Elektrizitätslieferungsverträgen vor; einmal diejenigen Verträge, die mit der großen Masse der Kleinabnehmer abgeschlossen werden. Hier verpflichtet sich der in Frage kommende Unternehmer, dem Verbraucher jederzeit in beliebiger Menge aus dem Leitungsnetz Elektrizität zu liefern, und zwar unter den allgemeinen Bezugsbedingungen und zu den normalen, fest bestimmten Tarifsätzen. Derartige Verträge werden entweder ohne zeitliche Begrenzung abgeschlossen oder auf eine bestimmte Zeit. Der Verbraucher ist, auch wenn eine zeitliche Bindung besteht, nicht verpfilchtet, irgendeine Menge von Elektrizität zur Deckung seines Bedarfs an Licht, Wärme oder Kraft überhaupt zu beziehen, mit anderen Worten, es besteht auf Seiten des Kunden kein Abnahmezwang. Von diesen Verträgen, die Normalverträge genannt seien, sind zu unterscheiden die „Großabnehmerverträge", die für bestimmte Zeitabschnitte feste Mengen von Elek-

trizität zum Gegenstand haben zu bestimmten Sätzen, evtl. Pauschaltarif usw. Für diese Verträge läßt sich eine Norm nicht aufstellen. Der Umfang der Lieferung wird jedoch im allgemeinen bestimmt oder innerhalb fester Grenzen irgendwie bestimmbar sein. Auch wird hierbei ein Abnahmezwang für eine gewisse Menge bestehen, da der Preis sich im Wesentlichen nach der abzunehmenden Menge richten wird. Evtl. wird auch die Zeit der Stromentnahme eine Rolle spielen, weil sowohl Umfang als auch Zeit des Verbrauchs eines Großabnehmers für das Werk in mancher Hinsicht von Bedeutung sein können. Die Verträge der letzten Gruppe sind gegenseitige Verträge mit beiderseitiger Bindung an einen bestimmten Gegenstand. Da die Lieferung nicht auf einmal, sondern ratenweise erfolgt, finden auf sie die Grundsätze Anwendung, die die Rechtslehre für die sogenannten Sukzessivlieferungsverträge entwickelt hat[27]). Das wird allgemein anerkannt. Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob auch die Normalverträge den Sukzessivlieferungsverträgen zuzurechnen sind. Der Sukzessivlieferungsvertrag ist, wie Niessen[28]) überzeugend ausführt, keine selbständige Vertragsart neben den einzelnen im BGB. geordneten Schuldverhältnissen, sondern nur eine besondere Erscheinungsform einzelner Schuldverhältnisse wie des Kaufs, des Tauschs oder des Werklieferungsvertrages. Daraus ergibt sich, daß der Kauf auch in der Erscheinungsform des Sukzessivlieferungsvertrages Kauf bleibt. Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag, nicht aber der normale Elektrizitätslieferungsvertrag. Denn dieser verpflichtet einseitig den Unternehmer zur Bereitstellung von Strom. Dem steht keine entsprechende Verpflichtung des Kunden gegenüber. Der Unternehmer ist gebunden, während der Kunde den Vertrag durch Nichtabnahme illusorisch machen kann. Erst wenn der Abnehmer auch tatsächlich abnimmt, wird seine eigene Verpflichtung begründet, und so der Vertrag zu einem gegenseitigen ergänzt. Man könnte geneigt sein, vor der Abnahme lediglich ein Dauerangebot zu erkennen. Es ist jedoch mehr vorhanden als das. Es ist für beide Teile unwiderruflich der künftige Vertragsinhalt festgelegt.

d) Es ist die Frage, ob man einen V o r vertrag als gegeben annehmen kann. Daß er zulässig ist, ergibt sich aus dem

---

27) Hueck (S. 7) definiert den Suzessivlieferungsvertrg als Vertrag auf Lieferung von Sachen gegen Entgelt, bei dem die Erfüllung in zeitlich getrennten Teilleistungen erfolgen soll.

28) S. 54.

Grundsatz der Vertragsfreiheit[29]). Im Vorvertrag (Pactum de contrahendo) wird die Verbindlichkeit zum Abschluß eines Vertrages bestimmter Art, des sogenannten Hauptvertrags übernommen[30]). Der Inhalt des Vorvertrages muß ein solches Maß von Bestimmtheit haben, daß im Streitfalle der Inhalt des versprochenen Vertrages richterlich festgesetllt werden kann. Es kommt darauf an, ob sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte des abzuschließenden Hauptvertrages geeinigt haben[31]). Staudinger bezeichnet als wesentlichen Inhalt der Vorverpflichtung die Leistungsbereitschaft[32]). „Auf das Verlangen des Gläubigers wird aus der Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft eine Verpflichtung zur Leistung." Dem ist zuzustimmen. Es ergibt sich daraus, daß ein Vorvertrag nicht unbedingt ein zweiseitig verpflichtender zu sein braucht; er ist auch mit einseitiger Bindung denkbar. Ja, man kann wohl sagen, daß ein gegenseitiger Vorvertrag mit fester Bindung auf beiden Seiten in der Regel kein Vorvertrag mehr sein wird, sondern ein fertiger Hauptvertrag, der unter Bedingungen geschlossen ist. Zu unterscheiden ist der Vorvertrag jedoch von Vorverhandlungen, die auf keiner Seite eine Verpflichtung begründen. Ist aber auf der einen Seite eine Verpflichtung vorhanden, und sind im übrigen die Pflichten beider Seiten für den kommenden Vertragsfall festgelegt, so ist ein Vorvertrag als vorliegend zu erachten. Beim Elektrizitätslieferungsvertrag besteht auf Seiten des Kunden keine Abnahmeverpflichtung, es sind jedoch Art und Umfang seiner Leistung durch den von ihm anerkannten Tarif bereits vor der Abnahme genau festgelegt. Darüber hinaus findet sich in den meisten Fällen auch auf der Seite des Abnehmers eine Bindung insofern, als er durch die Herstellung des Hausanschlusses zur Deckung seines in Aussicht genommenen Bedarfs gerade bei diesem Werk gezwungen ist, wenn überhaupt eine Wahl zwischen mehreren Werken gegeben ist. Das wird im Hinblick auf das tatsächliche Monopol der Versorgungsbetriebe selten der Fall sein. Der Vertrag kann deshalb als Vorvertrag angesprochen werden. Durch die einzelnen Stromentnahmen wird der durch den Vorvertrag festgestellte Vertragsinhalt in Einzelverträgen verwirklicht.

---

29) Vgl. RGZ. 66, 120.
30) Näheres hierüber bei Staudinger, Vorbem. 8 vor § 145.
31) vgl. RGRKomm., 8. Aufl., Vorbem. 2 vor § 145.
32) a.a.O.

Niessen[33]) lehnt einen Vorvertrag mit dem Hinweis darauf ab, daß die Willkür des Abnehmers die Bestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes nach objektiven Anhalten aufhebe. Demgegenüber ist zu bemerken, daß eine genügende Bestimmtheit der Leistung in dem Bedarf des Kunden an Elektrizität zu finden ist[34]). Niessen bezeichnet das Rechtsverhältnis als Grundvertrag. Es kommt auf die Bezeichnung wesentlich nicht an[35]). Die nachfolgenden einzelnen Kaufverträge beziehen sich gegenständlich auf die einzelnen Stromentnahmen, ihr Umfang wird begrenzt durch das jedesmalige Ein- und Ausschalten. Hierbei ist es belanglos, daß die Leistungen nicht getrennt für sich gemessen werden und daß die rechtliche Bedeutung des Ein- und Ausschaltens dem Abnehmer nicht zum Bewußtsein kommt und dem Unternehmer nicht bekannt ist. Es finden sich im täglichen Leben zahllose Vorgänge, die unter ähnlichen Umständen eine rechtliche Wirkung zustande bringen. Man denke zum Beispiel an den Automatenkauf. Der Vorvertrag ist aber nicht nur V o r vertrag, denn er liegt zeitlich nicht nur vor den einzelnen Verträgen, sondern umschließt sie gewissermaßen. Bei jeder Stromentnahme wird er neu verwirklicht und bleibt auch nach ihr als Vorvertrag bestehen und faßt so die Einzelverträge zu einer Einheit zusammen. Diese Einheit tritt nach außen in Erscheinung bei der Bezahlung, die nicht für jeden Vertrag gesondert erfolgt, sondern nach Zahlungsabschnitten, die die gesamten Leistungen in bestimmten Zeitabschnitten (meistens monatlich) zusammenfassen. Um diese besondere Eigenart des Normalvertrages zu kennzeichnen, erscheint es angezeigt, ihn R a h m e n vertrag zu nennen.

Dieser Rahmenvertrag ist allerdings kein echter Sukzessivlieferungsvertrag. Es fehlt, wie schon gesagt, an der Bindung des Abnehmers. Und dennoch kann man ihn wie einen Sukzessivlieferungsvertrag behandeln, weil er in der Praxis nur in Verbindung mit Einzelverträgen vorkommt und diese, genau wie der echte Sukzessivlieferungsvertrag die ratenweisen Leistungen, zu einer Einheit verbindet. Daß die Leistung vorher nicht bestimmt ist, spricht nicht gegen diese Folgerung. Es genügt, daß sie bestimmbar ist. Hierbei brauchen keine schärferen Anforderungen gestellt zu werden, als beim Vorvertrag. Es genügt auch hier, daß der Umfang der Leistungen durch den Bedarf des Abnehmers bestimmbar ist.

33) S. 52.
34) Vgl. Staudinger a.a.O. S. 610.
35) Vorvertrag nehmen an: Huek S. 11; Zencke S. 26.

C) Die Behandlung der Verträge im Konkurse des Abnehmers.

I. Fällt ein Stromabnehmer in Konkurs, so tauchen in zahlreichen Fällen Fragen auf, die in Lehre und Rechtsprechung eine verschiedene Behandlung erfahren. Es handelt sich vor allem darum, ob etwaige Rückstände für die erfolgten Stromlieferungen als gewöhnliche Konkursforderungen zu begleichen oder ob sie Masseschulden sind, insbesondere dann, wenn der Konkursverwalter während des Konkurses zur Weiterführung des Betriebes weiteren Strom benötigt. Die Entscheidung hängt, wie bereits oben (S. 14) erwähnt, davon ab, ob der Elektrizitätslieferungsvertrag den in § 17 KO. behandelten Verträgen zuzurechnen ist. § 17 handelt von zweiseitigen Verträgen, die zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Unter „zweiseitigem" Vertrage ist wohl dasselbe zu verstehen wie unter einem gegenseitigen Vertrage der §§ 320 ff. BGB. Daß echte Sukzessivlieferungsverträge mit gegenseitiger Bindung, also etwa Großabnehmerverträge, hierzu zu rechnen sind, kann keinem Zweifel unterliegen. Anders verhält es sich mit dem Normalvertrag. Es fehlt ihm an der Gegenseitigkeit. Der Vertrag ist in der Regel zu Konkursbeginn vom Gläubiger teilweise erfüllt. Die Nichterfüllung auf Seiten des Gemeinschuldners bezieht sich nicht auf diesen Vertrag, weil er von ihm überhaupt nicht erfüllt zu werden braucht, sondern auf die einzelnen, seitens des Gläubigers vollständig erfüllten Kaufverträge. Danach wäre also § 17 KO. für die Normalverträge ausgeschaltet[36]). Es ist aber zu beachten, daß der Normalvertrag aus den verschiedenen, bereits erläuterten Gründen wie ein echter Sukzessivlieferungsvertrag zu behandeln ist. Der Rahmenvertrag verbindet die Einzelleistungen, wie wir gesehen haben, zu einer Einheit, die nicht willkürlich geteilt werden kann. Die Nichtanwendung des § 17 KO. würde zu dem Ergebnis führen, daß der Konkursverwalter den Versorger zur Fortsetzung der Stromlieferung auf Grund des alten Vertrages zwingen könnte, ohne selbst zur Vergütung der empfangenen Leistungen als Masseschulden verpflichtet zu sein. Der Vertrag würde also eine Teilung erfahren, die dem Wesen des Rahmenvertrages widersprechen würde. Es erscheint deshalb folgerichtig, auch den Normalvertrag wie einen echten

36) So Niessen S. 56.

Sukzessivlieferungsvertrag dem § 17 KO. zuzuordnen. Rumpf[37]) kommt über den Weg seiner bereits erwähnten Theorie von der „Dauerleistung" zu demselben Ergebnis[38]).

Es wird aber nicht in allen Fällen für die Konkursmasse vorteilhaft sein, den alten Vertrag fortzusetzen. Vielleicht wird es z. B. erforderlich, den Betrieb wesentlich einzuschränken, sodaß der etwa vom Gemeinschuldner abgeschlossene Großabnehmervertrag keine Vorteile mehr bietet. Oder es enthält ein solcher Vertrag eine Bindung für eine noch lange Zeit, für die sich der Konkursverwalter im Interesse der Masse nicht binden kann. Oder es sind die Rückstände bei einem Normalvertrag so hoch, daß sie die Konkursmasse, wenn sie voll berichtigt werden müßten, zu sehr schwächen[39]). In manchen dieser Fälle entschließt sich der Konkursverwalter dazu, den alten Vertrag nicht fortzusetzen, sondern den Abschluß eines neuen Vertrages zu verlangen. Der neue Vertrag würde dann unter § 59, Nr. 2 KO. fallen. Die Rückstände wären in diesem Falle aber gewöhnliche Konkursforderungen. In diesen Fällen lehnen aber die Unternehmer Weiterlieferung von Strom durchweg ab, wenn der Konkursverwalter sich nicht dazu entschließt, die Rückstände als Masseschulden anzuerkennen. Sie zwingen den Konkursverwalter durch Stromsperre zum Anerkennen der Schulden des Gemeinschuldners als Masseschulden. Damit sind wir beim Kernproblem dieser Arbeit angelangt. Es ist die Frage, ob dieses Vorgehen der Gläubiger rechtlich zulässig ist.

---

37) S. 205/06.

38) Aus der Fülle der mir zugänglichen Entscheidungen, die § 17 KO. anwenden, seien angeführt: AG. Stettin v. 23. 9. 27 — 23c 1532/27 —; LG. Naumburg v. 11. 6. 26 — 3 V 158/26 —; (Mitt. des V.D.E.W. Nr. 475, Jan. 1929); OLG. Kiel J.W. 1931, S. 2139; LG. Königsberg J.W. 1931, S. 3156; OLG. Köln J.W. 1931, S. 2169; OLG. Hamm J.W. 1930, S. 1426; OLG. Kiel L.Z. 1912, Sp. 286 ff., LG. Mainz ebenda Sp. 287 ff.; OLG. Hamm i. OLG. 27, 248; LG. Stettin v. 20. 10. 30 (El. Wirtsch. Jg. 30, Nr. 6); OLG. Düsseldorf v. 21. 5. 31 (El. Wirtsch. Jg. 1931, S. 448); OLG. Frankfurt v. 2. 7. 31 (R'fragen d. El. Wirtsch. Jg. 30, Juli 1931, Nr. 15) mit weiteren Hinweisen; OLG Celle v. 12. 10. 30 (El. Wirtsch. Jg. 31, März 1932, Nr. 6, S. 141).

Die Entscheidungen greifen zum Teil auf Rumpf's Theorie von der „Dauerleistung" zurück; zum größeren Teil vertreten sie die Auffassung, daß ein Sukzessivlieferungsvertrag vorliege.

39) Metzroth erwähnt in seinem Aufsatz in J.W. 1932, S. 158 einen Fall, in dem ein Eelektrizitätswerk RM 4 000.— zu fordern hatte. Es wäre bei Schließung des Betriebes leer ausgegangen. Durch Fortführung des Betriebes gelang es, eine Masse von 3000.— RM anzusammeln. Wird die Schuld Masseschuld, dann steckt das Lieferwerk die gesamte Masse ein, und alle übrigen Gläubiger gehen leer aus.

II. Ohne Frage ist den Elektrizitätsunternehmen eine derartige Handlungsweise nur möglich, weil sie im allgemeinen die einzige Produktionsstätte sind, aus der der Konkursverwalter Elektrizität beziehen kann. In nur ganz geringen Ausnahmefällen wird der Konkursverwalter die Möglichkeit haben, aus anderen Kraftquellen den nötigen Strom zu erhalten. Durch diese Ausschließlichkeit haben die Elektrizitätsunternehmungen eine wirtschaftliche Machtstellung, die man als Monopol bezeichnen kann. Zwar handelt es sich nicht um ein gesetzliches Monopol, wie es Post und Eisenbahn besitzen, sondern um ein tatsächliches Monopol, das sich wirtschaftlich nicht anders auswirkt als jene Monopole, die staatlichen Schutz und Anerkennung genießen. Es handelt sich bei der Elektrizität um ein Wirtschaftsgut, das im modernen Wirtschaftsleben genau so unentbehrlich ist wie Post und Eisenbahn. Deshalb wird die Elektrizitätserzeugung auch durch die öffentlichen Körperschaften wie Staat und Gemeinden weitgehend gefördert. Wenn diese Körperschaften nicht selbst als Träger dieser Produktionsstätten auftreten oder daran mit Kapital beteiligt sind, so verleihen sie diesen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag das Recht zur Benutzung des öffentlichen Arreals zum Legen von Erd- oder Luftleitungen.

Diesem tatsächlichen Monopol entspricht nach allgemein herrschender Ansicht ein Kontrahierungszwang des Unternehmers. Der Abschlußzwang folgt nach Nießen, dem hierin gefolgt werden kann, dem Bezugszwang, der dadurch gegeben ist, daß jeder, der in den Genuß der Vorteile des Elektrizitätsbezuges kommen will, gezwungen ist, mit diesem Werke abzuschließen. Die Verweigerung des Vertragsabschlusses würde einen Monopolmißbrauch darstellen und nach § 826 BGB. zum Schadenersatz verpflichten. Im übrigen weichen die Begründungen für den Abschlußzwang voneinander ab[40]). Es ist nicht notwendig, hierauf näher einzugehen, weil der Abschlußzwang inzwischen durch das Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Dez. 1935 (RGBl. S. 1451) gesetzlich festgelegt ist. Nach § 6 dieses Gesetzes ist ein Energieversorgungsunternehmen, das ein bestimmtes Gebiet versorgt — und das trifft für die Mehrzahl der Unternehmen zu —, verpflichtet, allgemeine Bedingungen und algemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen

40) Vgl. die Darstellungen der verschiedenen Meinungen bei Nipperdey, Stromsperre, Zulassungszwang, Monopolmißbrauch, S. 23—25.

und Tarifpreisen jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (Allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht). Das Gesetz befreit den Unternehmer von dieser Pflicht (§ 6, Abs. 2), wenn der Anschluß oder die Versorgung aus verschiedenen Gründen, die auch in der Person des Anschlußnehmers liegen können, nicht zugemutet werden kann, und weiterhin unter gewissen Voraussetzungen (§ 6, Abs. 3) bei Eigenerzeugern. Damit ist der Streit der Meinungen zu dieser Frage ausgeräumt. Liegt die Voraussetzung der Versorgung eines bestimmten Gebietes nicht vor, dann wird der Abschlußzwang auch dann zu bejahen sein, wenn ein tatsächliches Monopol vorliegt[41]). Die Frage nach der Zumutbarkeit im Sinne des § 6, Abs. 2 des Gesetzes ist im Rahmen der §§ 242, 826 BGB. zu beurteilen. Wie das Werk einerseits zum Abschluß nach den allgemeinen Bedingungen und Tarifen verpflichtet ist, so hat der Abnehmer andererseits keinen Anspruch auf Lieferung zu anderen, etwa günstigeren Bedingungen. Außerdem ist das Werk dann nicht zum Vertragsabschluß verpflichtet, wenn berechtigte Zweifel in den Zahlungswillen und die Solvenz des Abnehmers gesetzt werden können. Es kommt dabei immer auf den Einzelfall an[42]). Ähnlich wie der Abschlußzwang ist die Stromsperre zu beurteilen[43]). Das Werk kann nicht verpflichtet werden, bei Verzug des Abnehmers weiterzuliefern. Vielmehr ist es berechtigt, nach allgemeinen Gesichtspunkten im Falle des Verzuges des Schuldners zur Leistungsverweigerung zu schreiten.

---

41) So auch OLG. Hamm v. 11. 4. 1932 (El. Wirtsch. S. M. 227) unter Hinweis auf RGZ., 111, 311 ff.; OLG. 45, 180; Ennecc. I, 1 (1926), § 153 IV. 1, 2, 1927 § 365; Rumpf S. 132 ff.

42) LG. Chemnitz (El. Wirtschaft. S.M. 1211) und KG. (Elgawe-Tagesfragen Nr. 86 v. 17. 11. 1932 Bl. 4) wollen den Abschlußzwang von der Höhe der Rückstände abhängig machen. Dem ist nicht zuzustimmen. Denn auch bei geringen Rückständen liegt ein Mißbrauch der Monopolstellung vor, wenn das Werk die Weiterlieferung verweigert. Es ist nicht erforderlich, daß ein besonders grober Mißbrauch vorliegt.

43) Vgl. hierzu KG. v. 20. 10. 1926 — 3 U. 8026/26 — mitgeteilt vom Arbeitgeberverband der Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke Rheinlands und Westfalens e.V. Essen; LG. III Berlin i. J.W. 1928, S.78.

III. Die Rechte des Konkursverwalters.

1. Die hier entwickelten Grundsätze sind auch in unserem Falle anzuwenden. Die Frage lautet: Ist der Versorger durch den Abschlußzang gehalten, mit dem Konkursverwalter einen neuen Vertrag abzuschließen, wenn dieser es verlangt?

Oder: Verstößt es gegen die guten Sitten, wenn der Versorger die Weiterlieferung des Stromes davon abhängig macht, daß der Konkursverwalter die Rückstände als Masseschulden anerkennt?

Beide Fragen sind zu bejahen. Denn der Unternehmer versucht durch sein Vorgehen, gestützt auf seine, durch das Monopol bedingte wirtschaftliche Machtstellung, sich eine bevorrechtigte Stellung zu verschaffen, die ihm durch das Gesetz nicht gegeben ist. Das widerspricht der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden. Der Richter darf es im Interesse der Gerechtigkeit nicht zulassen, daß derartige wirtschaftliche Machtstellungen gegen das Gesetz ausgenutzt werden. Jaeger[44]) bezeichnet es als eine Anmaßung, wenn die Unternehmen hiermit nicht nur ein Konkursvorrecht (wie es die Abgaben nach § 61, Nr. 2 KO. genießen) schaffen, sondern die weit günstigere Stellung eines Massegläubigerrechtes „erschleichen" wollen, „und zwar von einem Gemeinwesen, daß seine Konkursverluste auf eine Vielheit von Gemeindebürgern abzuladen vermag und und überdies die Vorteile des Monopols genießt". Allerdings hat eine Vielzahl der Gerichte in zahlreichen Erkenntnissen den Standpunkt der Elektrizitätswerke gebilligt und Sittenwidrigkeit verneint[45]). Das Reichsgereicht hat sich mit dem Problem in dieser präzisen Fragestellung, soweit ersichtlich, zweimal befaßt. Es handelt sich zunächst um die Entscheidung vom 24. 3. 1931, Band 132, S. 273 ff., die in Schrifttum und Rechtsprechung viel beachtet wurde. Wegen ihrer Bedeutung seien die markantesten Sätze hier wörtlich wiedergegeben:

> „Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Nach der in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschenden Ansicht folgt aus der Monopolstellung von Unternehmen von der Art der Beklagten ein Kontrahierungszwang; die Monopol-

---

44) Anm. 18 b zu § 17.

45) So z. B. durchweg die S. 22 zitierten Entscheidungen. Weiter 15 Entscheidungen mit ähnlichen Ergebnissen und Begründungen sind abgedruckt bei Geiler, S. 63—116.

stellung darf insbesondere nicht dazu ausgenutzt werden, sich in Konkurs eine bevorzugte Stellung zu verschaffen (vgl. Jaeger KO., 6./7. Auflage, § 17 Anm. 18 b; Mentzel KO., S. 103, 3. Aufl.). Danach stellt die Erzwingung einer konkursordnungswidrigen Vollzahlung auch bei rein tatsächlichen Monopolen eine rechts- und sittenwidrige Ausbeutung des Notstandes dar. Gas- und Elektrizitätswerke haben die zur Fortsetzung des Betriebs erforderlichen Lieferungen von Gas und elektrischem Strom weiter zu bewirken; sie dürfen die Weiterlieferung nicht von der Bezahlung der Rückstände als Masseschulden abhängig machen. Eine Weigerung in dieser Hinsicht ist als eine zum Schadenersatz verpflichtende sittenwidrige Handlung im Sinne von § 826 BGB. anzusehen."

Die Entscheidung hat in den Fachzeitschriften lebhafte Erörterung gefunden. So befaßt sich mit ihr RG.-Rat Warneyer in einem Aufsatz[46]), in dem er großen Wert auf die Feststellung legt, daß das Reichsgericht eindeutig nur die Erzwingung einer Konkursordnungs w i d r i g e n Vollzahlung als sittenwidrig erklärt habe. Konkursordnungswidrig sei das Verlangen der Vollzahlung aber, so führt er aus, nur dann, wenn die Forderungen nicht unter §§ 17, 59, Nr. 2 KO. fallen. Warneyer glaubt, annehmen zu können, daß das RG. bezüglich der Frage, wann rückständige Stromgelder Masseschulden und wann sie gewöhnliche Konkursforderungen sind, die Ansicht Mentzels hätte billigen wollen, weil Mentzel in der Entscheidung zitiert sei. Diese Unterstellung wird durch die Gründe jenes Urteils nicht gerechtfertigt[47]). Man könnte mit demselben Rechte annehmen, daß das RG. Jaeger's Theorie für die richtige hielt[48]). Es sei erläuternd bemerkt, daß Mentzel damals in der 3. Aufl. seines Kommentars die Anwendbarkeit des § 17 KO. bei Lieferungsverträgen mit nur einseitiger Bindung des Lieferers ohne Abnahmezwang des Abnehmers verneinte. (In der 4. Aufl. seines Kommentars bekennt Mentzel sich zum einheitlichen Vertrag.) Recht hat Warneyer, wenn er im Anfang feststellt, daß das

---

46) Konkurs- und Treuhandwesen, Heft Nr. 11 v. 8. 11. 1931.

47) RG. in RG. 148, 326 bestätigt dies. Im übrigen vertritt das RG. in dieser Entscheidung den Standpunkt, daß der Normalvertrag als Wiederkehrschuldverhältnis aufzufassen sei.

48) So glaubt z. B. Nipperdey in J.W. 1931, 3104. Vgl. im übrigen auch die dort befindlichen Besprechungen der zitierten Entsch. des RG. von Kisch (S. 3102) und Esslinger (S. 3103).

RG. die Frage, w a n n die Rückstände Masseschulden sind, nicht entschieden hat. Der RG.-Entscheidung kommt dennoch grundsätzliche Bedeutung zu, weil darin festgestellt wird, daß das Konkursordnungswidrige Verlangen der Vollzahlung sittenwidrig ist[49]). Als konkursordnungswidrig ist das Verlangen des Versorgers aber nicht nur dann anzusehen, wenn man für den Normalvertrag § 17 KO. mit Nießen und Mentzel (3. Aufl.) ausschaltet, sondern auch dann, wenn man ihn als einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag auffaßt. Denn § 17 überläßt dem Konkursverwalter die freie Entscheidung darüber, ob er den Lieferungsvertrag fortsetzen will. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Fortsetzung des Vertrages, dann werden die Rückstände k r a f t G e s e t z e s Masseschulden. Gesetzliche Norm ist § 59 KO. Es handelt sich um Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird. Wenn auch die Leistungen, auf denen die Rückstände beruhen, nicht der Konkursmasse zugute kommen, so sind sie wegen der Einheitlichkeit des Vertrages von den zur Konkursmasse oder für die Zeit nach Konkurseröffnung geleisteten Lieferungen gleich zu behandeln.

2. Wenn sich der Konkursverwalter nicht für die Fortsetzung des Vertrages entschließt, dann nimmt der Versorger an dem Konkurs teil. Wenn der Lieferer in diesem Falle dennoch seine Befriedigung als Massegläubiger verlangt, dann ist dieses Verlangen eben konkursordnungswidrig und bleibt es auch dann, wenn der Konkursverwalter den Abschluß eines neuen Vertrages verlangt. Auch hier bleibt der Abschlußzwang in Wirksamkeit. Denn die Weigerung des Vertragsabschlusses ist gerade hier sittenwidriger Monopolmißbrauch, weil sie nicht aus vernünftigen Gründen geschieht, sondern einzig und allein zu dem Zwecke, eine k o n k u r s o r d n u n g s w i d r i g e Vollzahlung zu erzwingen. Das Reichsgericht hat nunmehr in seiner neuesten Entscheidung (148, 334) klar ausgesprochen, daß die Zuleitungssperre zur Erzwingung der Anerkennung der Rückstände als Masseschulden auch unter der Annahme eines Suk-

49) Wie Rumpf in einem Vortrag vor Vertretern der Elektrowirtschaft (mitgeteilt durch Sonderbericht des Verbandes der Elektrizitätswerke Rheinlands und Westfalens v. 19. 7. 1932 an die Mitgliederwerke) feststellen mußte, machte die früher ziemlich einheitliche Verneinung der Frage (der Vertragserneuerung bzw. Weiterlieferungspflicht) durch die Oberlandesgerichte unter dem Einfluß der RG.-Entsch. vom 24. 3. 1931 einer Zersplitterung der Auffassung Platz. Dasselbe stellt Metzroth a.a.O. fest.

zessivlieferungsvertrages unzulässig ist und der Verwalter den Abschluß eines neuen Vertrages verlangen kann. Manche Gerichte, die den Abschlußzwang an sich bejahen, verneinen die Verpflichtung des Gläubigers zum Abschluß eines neuen Vertrages mit dem Hinweis darauf, daß der Gläubiger infolge des Verzuges des Gemeinschuldners ein Leistungsverweigerungsrecht habe und dem Gläubiger deshalb auch nicht zugemutet werden könne, einen neuen Vertrag abzuschließen. Auch unter der Herrschaft des Energiewirtschaftsgesetzes wird dieser Einwand möglicherweise erneut erhoben werden, weil das Gesetz die Frage offen läßt, w a n n die Weiterlieferung nicht zumutbar ist. Es wurde oben (S. 24) dargelegt, daß das Versorgungsunternehmen im Falle des Verzuges des Schuldners nach allgemeinen Gesichtspunkten zur Leistungsverweigerung, d. h. zur Stromsperre schreiten kann. Es kommt darauf an, ob der Konkursverwalter den Verzug des Gemeinschuldners fortsetzt. Für diese Frage ist es wichtig, welche rechtliche Natur man der Stellung des Verwalters beimißt. Jaeger[50]) ist der Auffassung, daß der Konkursverwalter Stellvertreter des Gemeinschuldners im Sinne der §§ 164 ff. BGB. ist, (Vertretertheorie), während er nach der Amtstheorie amtsbegabter Treuhänder der Masse ist und selbständig auf Grund einer selbständigen Verfügungsbefugnis mit Wirkung für und gegen die Masse handelt. Zwischen diesen beiden Theorien stehen zahlreiche andere. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die verschiedenen, über die Stellung des Konkursverwalters bestehenden Theorien im Einzelnen auseinanderzulegen. Eine ausführliche Behandlung und eingehende Hinweise auf Schrifttum und Rechtsprechung finden sich bei Jaeger[51]). Den Vorzug verdient die Amtstheorie, und zwar deswegen, weil der Konkursverwalter nicht nur die Interessen des Gemeinschuldners, sondern auch der Gläubiger zu vertreten hat. Er will insbesondere dann, wenn er neue Verträge abschließt oder alte Verträge fortsetzt, nicht den Gemeinschuldner verpflichten, sondern sich selbst als Treuhänder der Masse, und zwar im allgemeinen lediglich zum Zwecke der Durchführung des Konkurses. Handelt aber der Konkursverwalter in dieser Eigenschaft, dann setzt er den Verzug des Gemeinschuldners nicht fort, er steht selbständig dem Gläubiger gegenüber.

---

50) Anm. 5 zu § 6.

51) Anm. 1—4 zu § 6.

Aber auch unter Zugrundelegung der Vertretertheorie ist den Unternehmern mit Rücksicht auf den Verzug des Gemeinschuldners Abschluß eines neuen Vertrages durchaus zuzumuten. Die Konkurseröffnung hat in der Vermögenslage des Gemeinschuldners eine völlige Veränderung geschaffen. Der Verwalter sieht sich vor die Aufgabe gestellt, das in den Konkurs fallende Vermögen des Gemeinschuldners möglichst gut zu verwerten, um eine hohe Konkursquote auszahlen zu können. Mit Recht weist OLG. Hamm in einer Entscheidung[52]) darauf hin, daß der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner derartig selbständig gegenübersteht und durch die Konkurseröffnung eine derartige Änderung der Sachlage eingetreten ist, daß in Ansehung des Rechtes, das zur ordnungsmäßigen Verwaltung eines Hauses erforderliche Gas und Wasser zu beziehen, der Konkursverwalter nicht schlechter gestellt werden kann, als ein Drittter[53]). Der Konkursverwalter darf auch, wenn er selber den Betrieb weiterführt, nicht schlechter gestellt werden als dann, wenn er den Betrieb verpachtet oder das Haus vermietet hätte[54]/[55]). Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Unternehmer nicht die Gefahr einer Vermögenseinbuße läuft. Denn die Schuld aus dem neu zu schließenden Vertrag ist als Masseschuld vorweg zu berichtigen. Außerdem kann das Werk, sollte der Konkursverwalter säumig werden, zur Stromsperre schreiten. In besonders heiklen Fällen könnte es tägliche Abrechnung und Zahlung oder Sicherheitsleistung verlangen. Der Konkursverwalter wird im allgemeinen den für die Masse günstigeren Weg wählen. Er wird bei seinen Erwägungen besonders berücksichtigen, daß der Versorger aus der Nichterfüllung des Vertrages nach § 326 BGB. einen Schadensersatzanspruch hat, der als Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird allerdings in der Regel nur beim Großabnehmervertrag in Frage kommen, weil beim

52) OLG. 27, 250.

53) So auch Hueck S. 198.

54) Vgl. auch Metzroth a.a.O.

55) Unhaltbar ist der Einwand verschiedener Gerichte (LG. Stargard i. B. v. 12. 4. 1932 — 4 S. 52/32 — El. Wirtsch. S.M. 1207; LG. Leipzig v. 27. 6. 32 — 6 Dg 157/32 — Lemberg i. J.W. 1930 S. 1426 im Anschl. an OLG. Hamm v. 3. 5. 1929), daß bei Anwendung des hier vertretenen Prinzips auch außerhalb des Konkurses jeder Stromabnehmer in der Lage wäre, sich gegen die Stromsperre bei unpünktlicher Zahlung dadurch zu schützen, daß er vom Werk den Abschluß eines neuen Vertrages verlangte. Metzroth (a.a.O.) weist demgegenüber mit Recht darauf hin, daß sich wohl kaum ein deutsches Gericht finden werde, das diesen Anspruch zuerkenne.

Normalvertrag ein Abnahmezwang in der Regel nicht besteht. Außerdem ist zu erwähnen, daß der Konkursverwalter Abschluß eines neuen Vertrages nur unter den gewöhnlichen Bedingungen verlangen kann. Er hat keinen Anspruch auf einen besonders günstigen Tarif, der dem Gemeinschuldner vielleicht im Vertrage zugebilligt war. Deshalb wird der günstigere Weg beim Sondervertrag möglicherweise in der Fortsetzung des alten Vertrages liegen. Beim Normalvertrag wird das in der Regel anders sein. Hier wird es für die Masse vielfach günstiger sein, einen neuen Vertrag abzuschließen.

Wenn der Konkursverwalter den Strom nach Konkurseröffnung stillschweigend weiterbezieht, so glaubt Rumpf (S. 210) hieraus schließen zu müssen, daß darin ein Erfüllungsverlangen gemäß § 17 KO. liege[56]). Das ist aber nicht ohne weiteres richtig. Es kann mit demselben Rechte angenommen werden, daß er ein neues Lieferungsverhältnis wünscht. Im Zweifel ist zu vermuten, daß er den für die Konkurszwecke günstigeren Weg beschreiten wollte[57]). Jedenfalls steht dem Konkursverwalter, wenn man der Ansicht Rumpf's folgt, ein Anfechtungsrecht nach § 119 BGB. in dem Sinne zu, daß er sich über den Inhalt seiner Erklärung geirrt hat, weil er ein Erfüllungsverlangen nicht stellen wollte.

D) Schluß.

Sollte sich der in dieser Arbeit vertretene Standpunkt in der Praxis der Gerichte durchsetzen, dann werden die Elektrizitätsunternehmen fraglos in immer stärkerem Maße dafür sorgen, daß größere Rückstände nicht entstehen. Sie haben hierzu das Mittel der Stromsperre oder der Sicherheitsleistung[58]). Beides kann ihnen nicht verwehrt werden und bietet einen hinreichenden Schutz vor übermäßigen Konkursverlusten, die schließlich auch der Allgemeinheit Schaden bringen könnten. Denn die Elektrizitätswirtschaft bedeutet nicht nur für ihre Träger eine Einnahmequelle, sondern dient in hohem Maße dem Volksganzen.

---

56) Ebenso OLG. Frankfurt v. 11. 12. 1930 (El. Wirtsch. 1931 Nr. 24); LG. Chemnitz v. 6. 4. 1932—11 Dg. 21/32 — (El. Wirtsch. S.M. 1211). Wie hier: OLG. Köln in L.Z. 1927 Sp. 1496/97.

57) Vgl. Hueck S. 198, Niessen S. 59, 60.

58) Auch das RG. (148, 335) weist auf die „nachhaltig wirkenden Machtmittel" hin.